

## ***FUNDAÇÕES — aspectos do exercício da curadoria***

---

**LUIZ FUX**

*Promotor de Justiça em exercício na  
Supervisão da Provedoria de Fundações*

A Curadoria de Fundações, como órgão de atuação do Ministério Público, apresenta inúmeras atribuições no âmbito judicial e extrajudicial, sendo certo que, neste, é sobremodo extensa a sua atividade. A procedência da afirmativa é calcada na própria Lei Orgânica da Instituição, que prevê nos incisos do art. 33 a extensão das tarefas da Curadoria de Justiça (L. C. n.º 5, de 6-10-76), consistentes entre outras em: *Aprovação dos Estatutos Fundacionais e suas alterações, realização de auditorias, aprovação das contas relativas aos exercidos financeiros, bem como, atos que apresentam colorido de sanção como v.g.: remoção dos administradores nas hipóteses de gestão irregular, etc.*

A Curadoria atua, desde a constituição do ente fundacional, até a sua extinção, respeitando sempre que possível a manifestação volitiva do instituidor, na consecução dos fins para os quais foi criada a entidade.

A interpretação dos atos de instituição, quer sejam *inter vivos* ou *mortis causa*, deve seguir a hermenêutica aplicada na análise das verbas testamentárias; vale dizer: *"Prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do instituidor. Assevera Ruggiero que em matéria fundacional: "La volontà del fondatore impera sola e sovrana"*.

Aliás, princípio emergente de nosso Ordenamento, figurando como componente da Teoria Geral do Direito, é aquele incidente às declarações de vontade, determinando que nestas *"atender-se-à mais a intenção que ao sentido literal da linguagem"*. Este princípio, inclusive, é consagrado pela Legislação Civil Pátria nas disposições gerais relativas aos



<http://bdjur.stj.gov.br>

*atos jurídicos*, categoria a que evidentemente pertence o ato de instituição ou criação da Fundação.

Clóvis Beviláqua ao comeniar o citado artigo enunciava: "A Lei manda atender, de preferência, à intenção, desde que haja elementos para determiná-la, fora da expressão verbal imperfeita, indecisa, obscura ou insuficiente."

Este preceito é mais do que uma regra de interpretação. É um elemento complementar do conceito do ato jurídico. Alirma que a parte essencial ou nuclear do ato jurídico é a vontade. É a ela, quando manifestada de acordo com a lei, que o direito dá eficácia" (*C. Civ. dos Estados Unidos do Brasil*, Edição histórica).

No decurso da vida existencial da Fundação, a consecução dos objetivos finalísticos é acompanhada de perto pela Curadoria, chamada a intervir a todo momento em que se pretenda efetivar qualquer alteração desta natureza. Por outro lado, o chamamento por vezes é dispensável em face da *auto-executoriedade* d'alguns atos do órgão de atuação, como por ex. *determinação de exclusão de dispositivos estatutários conflitantes com as normas pertinentes ou em dissonância com os fins visados pela entidade*.

Neste tópico, convém ressaltar que a auto-executoriedade dos atos do órgão de atuação tem sido asseverada pelos estudiosos da matéria, dentre os quais, o Professor *Sérgio de Andréa Ferreira*, expoente dignificante do *Parquet* Fluminense, que teve oportunidade de realçar no II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo realizado no Rio de Janeiro em julho de 1976, através de sua tese "A intervenção do M. P. nas Fundações" que: "ao M. P. estão implicitamente outorgados os instrumentos para o exercício de suas atribuições (*implied powers*), pois quem pode os fins, tem os meios. Outrossim, a índole cautelar do instituto



administrativo, a urgência que cerca a necessidade de sua decretação, a par do princípio geral da inexistência da exigência legal de recurso ao judiciário, evidenciam o seu caráter auto-executório".

Conforme já se ressaltou, são amplas as atribuições extrajudiciais da Curadoria de Fundações, sendo de concluir-se, *não exaustiva a enumeração dos incisos do art. 33 da L.C. n.º 5*, como soa cristalino o de n.º XVI, autorizando a adoção de "*outras medidas administrativas ou judiciais pertinentes ao exercido da Curadoria in foco*".

De toda sorte, um grande número de providências vem arrolado no referido dispositivo, configurando somente, o que de ordinário ocorre no exercício das funções da Curadoria.

Aspecto sumamente interessante concerne à *atuação da Curadoria no âmbito judicial*.

É pacífico o entendimento de que, onde houver interesse fundacional, deverá intervir o M.P., como explicitamente determina o inciso XV do art. 33 da LOMP. Assim, v.g.; na sucessão testamentária, sem prejuízo da intervenção de outro órgão de atuação com atribuição *ratione materiae*, intervém a Curadoria de Fundações verificando a regularidade e demais requisitos da instituição de ente fundacional, através do ato *mortis causa*.

Mas, o que apresenta singular importância no âmbito extrajudicial é a atuação do órgão como parte.

O mesmo inciso XV do art. 33 prevê *in abstracto* a atuação da Curadoria com a qualidade de titular da *res in iudicium deducta*.

À primeira vista, parece refletir a norma, à hipótese em que a Curadoria, inconformada com a prática de algum ato impetrado pela direção da Fundação, propõe ação visando anular a deliberação eivada dos



vícios que anuíam, geram a nulidade ou encerram caso de ineficácia dos atos jurídicos em geral. É a situação prevista pela LOMP, ao atribuir aos Curadores de Fundações o poder de; "*promover a declaração de invalidade ou de ineficácia de atos praticados pelos administradores das fundações*" (art. 33, inc IX).

Não há dúvidas que nestas hipóteses o órgão de atuação figura como parte ativa na relação processual, visando fazer incidir nos administradores da entidade a responsabilidade pelos atos praticados com dolo ou culpa, não obstante a sua atuação ter como escopo precípua desconstituí-las. Contudo, o que na realidade questiona-se, ressaltando o acima exemplificado, é *a possibilidade de atuação do Ministério Público como parte, agindo em nome da entidade*. Nesse sentido, tecnicamente deve falar-se em *legitimatio ad causam extraordinária ou substituição processual* do órgão de atuação. Na determinação da possibilidade da Legitimação da Curadoria, reside o ponto nodal da problemática.

Afirmar-se peremptoriamente que a Fundação tem capacidade plena em decorrência da aquisição de personalidade jurídica, e por isso excluir-se a legitimação do M.P., parece-nos um argumento descuidado.

A matéria, como soa evidente, reclama uma solução que deve ser captada através da heterointegração; vale dizer: conjugação de princípios existentes em ramos jurídicos distintos, como sói acontecer com o Direito Civil, o Direito Processual Civil e os Princípios Informativos Institucionais pertinentes ao tema ora proposto.

Seguindo a nossa linha processual, extremamente rígida no campo da legitimação para agir, "ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei" (art. 6.º do P.C.). O substituto, assim, atua como parte, autorizado pela lei, fazendo valer a pretensão originariamente atribuída ao substituído. Essa previsão



legislativa deve ser observada com amplitude, no sentido de que mister faz-se analisar todas as disposições legislativas acerca da matéria.

O eminente *Zanzucchi*, na sua obra *Diritto Processuali Civile*, Ed. Giuffrè, 1974, p. 316, it. 159, já advertira que: "*la sostituzione processuale non può tovar luogo se non nei casi previsti dalla legge, s'intende non da! solo C.P.C, ma dall'intero ordinamento positivo nel suo complesso*".

Consoante esse entendimento, bastar-nos-ia a letra e o espírito do art. 33, inc. XV, 1ª parte da LOMP, para concluir que a Curadoria tem *legitimatio ad causam*, para requerer tutela jurisdicional no interesse da própria entidade. Assim, v.g., suponhamos que determinados bens imóveis da fundação estejam em completo abandono, reclamando para reversão ao patrimônio fundacional medidas possessórias ou reivindicatórias e em contrapartida os dirigentes da entidade permaneçam inertes. Olvidando a hipótese de extinção da fundação pela má gestão de seus dirigentes, existem situações emergenciais como a mencionada no exemplo, que requerem a pronta atuação do M.P. Vislumbra-se, nestes casos, a legitimação ativa do órgão de atuação, que na qualidade de substituto processual "*In quanto ta valere in nomine proprio, in base ad una própria potestà di agire, un diritto, sia puré sltrui, é parte*" (*Zanzucchi, ob. cit.*, p. 312).

Observe-se que a autorização abstrata da LOMP, para que o Curador atue como parte, é a mesma do Código de Processo Civil (art. 81 Caput) e do art. 74 da recentíssima Resolução n.º 68, de 13-11-79, do Procurador-Geral da Justiça, que estruturou o Sistema de Provedoria de Fundações, estabeleceu normas gerais para a atuação dos órgãos do Ministério Público e da Procuradoria-Geral da Justiça em matéria fundacional.



No que concerne à norma processual, conclui acertadamente *Hélio Tornaghi* ao vaticinar: "A letra do art. 81 não lhe esgota o conteúdo, na verdade a lei *minus dixit quam voluit*; devendo ser interpretada extensivamente; na verdade aqui se trata da legitimação ativa do Ministério Público, não só para mover ação nos casos previstos em lei, como ainda requerer determinadas providências em hipótese nas quais inexistente o exercício do direito de ação" (*Comentários ao C.P.C.*, Ed. R.T., 1974, Vol. 1, p. 279).

A indicada abstratividade das normas processuais e institucionais toma corpo, na medida em que, atendendo-se a advertência de Zanzucchi, verifica-se no nosso direito positivo, outro ramo estritamente ligado ao problema das Fundações, que vem compor o processo da heterointegração.

A base e a origem da vinculação do *Parquet* às fundações são, antes de qualquer cogitação, oriundas das normas do Direito Civil. Aliás, muito embora esse liame tenha absorvido conotação diversa ao longo do tempo, "desde o projeto Clóvis até a subida da matéria ao Senado Federal, utilizava-se a expressão *inspecionar*, no tocante à ingerência do Ministério Público nas Fundações" (Cf. notícia Ferreira Coelho, *Código Civil*, 1928, Vol. II, p. 309).

E essa vinculação, no seu desdobramento consequencial, fornece respaldo para que o Ministério Público atue com a qualidade de substituto processual das Fundações, em determinadas hipóteses.

A nossa lei civil é extremamente cristalina nesse sentido, o que não ocorre, p. ex., no *BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)*, onde se verifica que a legislação tedesca, muito embora submeta a Fundação ao crivo da autoridade pública, não confere à mesma, expressamente, o *ius persecuendi in tudicium* (§§ 80-88).



Fenômeno análogo sucede na lei suíça, onde as fundações (*Stiftungen*) conservam-se sob a proteção da autoridade cantonal, que tem expressamente, *tão-só*, o poder de ação visando o cancelamento do registro da entidade (*ex vi* do art. 89 da ZGB — *Zivilgesetzbuch*, de 10-12-1907). A peculiaridade do código suíço e a legitimação conferida a todos indistintamente que tenham interesse nas extinções do ente fundacional.

Volvendo à legislação pátria, observamos que o artigo 26 do C. Civil estatui, *verbis*:

"Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas."

Este dispositivo, juntamente com os já mencionados, encerra, sem dúvida, a posição de múltipla atuação do M.P. em matéria fundacional, no âmbito judicial.

Contrariamente àqueles que entendem lacunosa a redação do art. 26 do C. Civil afirmando que "o Código Civil foi assaz parcimonioso quando apenas dispôs que "velará pelas Fundações o Ministério Público dos Estados", outros asseveram com propriedade ímpar "que o art. 26 do Código Civil, ao conceder ao Ministério Público *lídima potestas* de velar pelas Fundações, o que significa, por forma mais explícita, que lhe atribui o poder jurídico, no sentido de fiscalizar-lhes a administração já o faz, *como norma bastante em si*, de eficácia plena" (Posições adotadas respectivamente por António Chaves — *Lições de D. Civil*, Ed. Bushatsky, 1974, P. Geral, p. 188 e David Mussa — sentença prolatada no M.S. 12.003, 1.a V. F.P., publicada na íntegra na "Revista de Direito aa PGJ" vol. 9, p. 156).

Concluindo, segundo a sua posição adotada no decisório, remata o I. magistrado: "Calca-se no artigo 26 do Código Civil, de caráter



substancial, e no art. 81 do C.P.C.; índole instrumental, a titularidade, que se atribuiu ao Ministério Público, para toda tutela jurisdicional do fim de utilidade social a que se condiciona a fundação" (ob. cit., p. 164).

O velar, não obstante apresentar conceito amplo e híbrido, deve necessariamente ser observado sob o prisma do trinômio *meios-fins-poder*. Destarte, como bem esclarece o Prof. Sérgio de Andréa Ferreira acerca do encargo do M.P. de velar pelas fundações: "O termo em questão é, contudo, muito mais abrangente do que inspecionar ou fiscalizar, ou mesmo do que seu cognato vigiar. Em verdade, engloba o significado desse outros vocábulos, e ainda, o de estar atento, alerta, de proteger, de zelar, de cuidar" ("Revista da P.G.J.", vol. 3).

A amplitude da interpretação justifica-se, uma vez que, seria por certo extremamente absurdo conferir-se gama infindável de atribuições ao M.P. sem que se pudesse defluir das mesmas, *o poder de ação* lançado ao órgão de atuação. É preciso, em nosso entender, existir *proporcionalidade entre os encargos atribuídos e os meios postos à disposição para a consecução daqueles*. E a consistência desses encargos subsume-se no vocábulo *velar* de significação expressiva, segundo a doutrina lançada pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda depreendida do seguinte texto:

"A ordem inflexiva, ínsita no vele (velará), possui força bem maior do que o futuro promissivo *há de velar* — que, de sua vez, por conter a idéia de *Resolução*, é mais vigoroso que o futuro obrigatório *tem de velar*, indicativo da noção de obrigatoriedade moral, de acordo com o ensino do excelente gramaticólogo Napoleão Mendes de Almeida" (*op. Cit.*, p. 158).

A mesma lei que *obriga*, que impõe o dever, fornece os meios ao adimplemento do mister legal e funcional.





Sustentando essa linha de raciocínio, acatamos *in totum* a idéia da *legitimação subsidiária* da Curadoria de Fundações em relação aos dirigentes da mesma. Verificando o órgão de atuação a inércia da entidade no providenciar através da via judicial a tutela dos próprios direitos, surge para o mesmo a *legitimatio ad causam*, que o permite provocar o pronunciamento do órgão judicante, restando à entidade, retomar a *posteriori* a demanda, num raciocínio analógico ao que ocorre com o M.P. na ação penal privada subsidiária, guardadas as devidas proporções e particularidades. No momento em que a fundação se faz representar no processo, o M.P. permanece na relação, oficiando no interesse do ente fundacional. Deste modo, perfaz-se a caracterização da Curadoria de Fundações como parte, como substituto processual, enquadrando-se na moldura do art. 81 do C.P.C.

A previsão abstrata feita pelo mencionado dispositivo legal é encontrada nos ordenamentos processuais de evoluída técnica, como a lei processual peninsular que enuncia no seu art. 69: "*il Pubblico Ministero esercita l'azione civile nei casi stabiliti dalla legge*". Comentando o citado artigo, a Corte de Cassação em 17-03-70, Julg. n.º 690, assim se expressou: "*La ratio deducibile dall'art. 69 C.P.C.; è la indicazione tassativa dei casi di legittimazione del P.M. ad esercitare l'azione civile. L'esigenza di tassatività viene rispettata non soltanto nei casi in cui la legge cominativamente attribuisce al P.M.; il potere di agire, na anche quando tale potere, pur nun enunciato formalmente con locuzione a sé accanto a quello delle parti private, possa ugualmente e sicuramente ricavarsi In via di interpretazione letterale e lógica*" (grifos nossos) (*Códice di Procedura Civile o Leggi Complementari* — Con il corrimento della giurisprudenza della cassazione, a cura di *Mário Battaglini e Tomaso Novelli*, Ed. Giuffré, 1975).



Calcado nesses pontos convergentes, assevera-se que o Ministério Público tem o poder de agir em nome da fundação cuja direção ficou inerte, em face da amplitude de suas atribuições e como corolário de seu ofício, razão pela qual se possa invocar a substituição processual *ex officio*.

É de Tullio Liebman o ensinamento de que: "Nei casi in cui la legge concede al Pubblico Ministero l'azione Civile, siamo in presenza di una legittimazione ad agire riconosciuta a quest' organo in via straordinaria, rispetto a un rapporto giuridico a cui lo stato é estraneo, per la tutela della legge di quella del titolare del rapporto, che no vuole o non può agire" (Sostituzione Ufficiosa) (Manuale, Vol. I, P. III, Ed. Giuffrè, 1973).

Ademais, soa evidente que o "estado de inércia", o inadimplemento na direção da entidade fundacional são perceptíveis pelo órgão de atuação, segundo a sua *discricionariedade*; pressuposto necessário para quem possui tão amplos encargos. Nessa linha de raciocínio admoestou o D. Juízo Fazendário: "A verdadeira exegese do art. 26 do Cód. Civil, conferiu ao *Parquet*, tanto a potestas vinculada de provocar a jurisdição, quanto a potestas discricionária extrajudicial" (grifos nossos). É intuitivo por outro lado, que esses conceitos serão avaliados pelo M.P. consoante as noções básicas de possibilidade de ação, omissão, oportunidade, conveniência, adequação etc.

Doutrina Onofre Mendes Júnior que: "Os limites do Poder Discricionário do Ministério Público são a ponderação, a prudência, a isenção de ânimo e o sentido de responsabilidade, na compreensão das necessidades coletivas" (*D. Administrativo*, Ed. B. Alvarez, Belo Horizonte, 2.a ed., p. 187).



Essa discricionariedade pode ser observada até mesmo no exemplo anteriormente exposto, em que o Curador de Fundações provoca a tutela jurisdicional com a propositura de ações, visando desconstituir atos jurídicos praticados com infração aos estatutos, porque: "Agir ou não judicialmente, a fim de obter a declaração de nulidade do ato de diretoria da fundação, é velamento que se deixa à inteira prudência do Ministério Público, em virtude do art. 26 do C. Civ." (David Mussa. "R.P.G.J." cit., p. 160).

Em verdade, o fato do Curador agir em nome da entidade não significa para a mesma uma *capitis deminutio*. A capacidade de direito e de fato ela adquire à semelhança das demais pessoas jurídicas e, nem sempre, necessitará ser assistida pelo M.P. através dos seus órgãos de atuação quer na esfera extrajudicial, quer na judicial. Nesta, a Fundação tem *legitimatio ad processum*, intervindo, de regra, o M.P. como oficiante.

No âmbito extrajudicial, a atuação do M.P. assemelha-se a dos órgãos fiscalizadores internos, das mais variadas espécies de entes coletivos, consagrados pelos nossos diplomas legais.

Especificamente como parte, como substituto processual, dota-se o Ministério Público do Poder de agir, da *legitimatio ad causam*, porque, acima deste, está o *poder dever de velar*, binômio inseparável no pensar do insuperável Carnelutti, que o erigia a princípio basilar, ao concluir: "Não há poder sem dever, nem dever sem poder, sendo, por conseguinte, o poder de um o dever do outro e vice-versa" (*Teoria Geral do Direito*, Coimbra, A. Amado Editor, 1942, p. 251, § 86).